

《資料》

生殖医学と法 (一)

——問題の所在——

「生殖医学と法」研究会

一 ま え が き

われわれは、本誌において「西ドイツにおける堕胎罪に関する最近の議論」として人工妊娠中絶に関するドイツの議論を紹介してきた⁽¹⁾。その後ドイツでは、まずメミンガー（タイセン）事件に関する連邦裁判所判決が出され、ついで既に佐久間助教が詳細に紹介されたようにドイツ統一に伴う妊娠中絶規定の統一問題が現れ、いくつかの草案が出された後、助言強制を伴った期限モデルを採用した統一法が成立したが、憲法裁判所はそれを違憲とする判決を下した⁽²⁾。統一法の堕胎に関する部分については、上田・浅田両教授による翻訳が、また連邦憲法裁判所判決については堀内教授が逸早く紹介をなされた⁽³⁾。その間のドイツにおいては展望不可能な程、膨大な数の文献が発表された。我々の当初の計画では、年間に数本出されていた刑法学者による中絶関連の論文を順次紹介していく予定であったが、一九九〇年以降に限っても一〇〇以上の論文・著書が出された現在、それらを包括的に紹介することは不可能となった。従ってそれらの中から一定の問題関心をもって取捨選択することが必要となってきた。

一方、日本における妊娠中絶に関する議論は、その連載開始当時は「外国文献の紹介に留まっている」と評される状況にあったが、最近になって、「妊娠中絶に対する法政策のあり方」と題する中山教授の論文を初めとして、日本法における妊娠中絶問題に関する検討も開始されてきた⁽⁴⁾。

他方、一九九〇年に、ドイツにおいては胚子保護法 *Gesetz zum Schutz vom Embryonen* ⁽⁹⁾ が、イギリスにおいては受精・胚生学法 *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* ⁽¹⁰⁾ が、相次いで成立し、さらに一九九二年にはオーストリーでも生殖医学法 *Fortpflanzungsmedizingesetz* ⁽¹¹⁾ が成立し、胚子保護という問題領域が急速に注目を集めた。これは特に体外受精や代理母問題などの生殖医学の新技術の発達をその背景とするものであるが、それはまた新たな社会問題の発生をも意味するものであった。これと関連して、そもそも人の胚(子)や胎児は人と同等の生命権を持つのかという根本的問題や、法政策的にどのような規制モデルが適当かという問題が投げかけられるようになった。

そこで胚子・胎児および生殖過程に対する介入の法的規制という観点から、ドイツ以外にも視野を広げて、重要な立法(草案も含む)・判例・関連文献を紹介していきたい。

二 問題領域と用語の解説

いわゆる「生殖医学」に関連する介入行為の類型は表1のようにまとめられる。以下では、紹介の対象となる問題領域を明らかにし、基本的用語に解説を加える。⁽¹²⁾ 人工妊娠中絶の問題点については、後述することにし、まず「胚子保護」に関連した問題点を指摘する。

(一) 介入の客体

生殖医学において介入の客体となる人間の生殖細胞(精子、卵子)、受精卵、胎児であるが、これらは次のような用語で呼ばれることが多い。

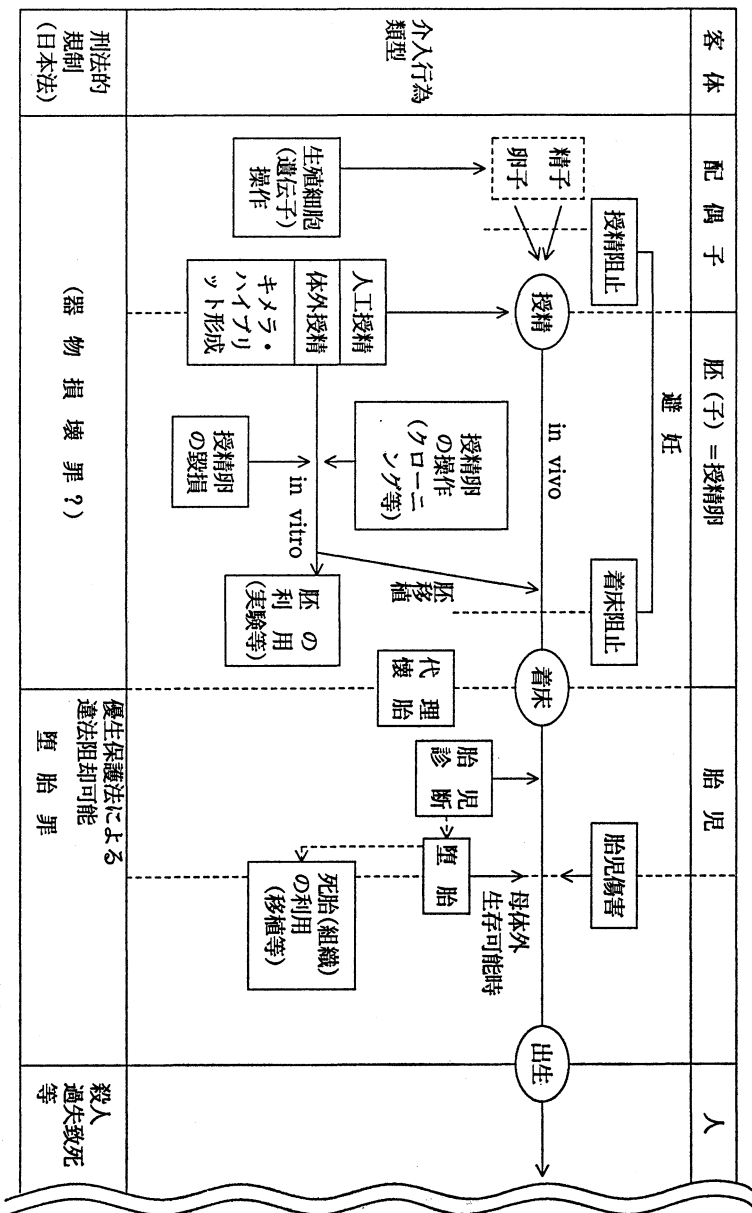
配偶子(英 *gamete* 独 *Gameten, Keimzellen*) 生殖細胞を総称する用語

精子(英 *sperm* 独 *Spermien*) 男性の生殖細胞(精細胞)

卵子(英 *egg* 独 *Ei*) 女性の生殖細胞(卵細胞)

受精卵(英 *fertilized egg* 独 *befruchtete Ei*) 精子の卵子への侵入後、三乃至六時間後 両親の遺伝因子の結合が行われる。こうして成立した細胞を接合子(zygote)という。この段階で胚子と呼びうるが、アメリカでは前胚子(*preembryo*)と呼ばれ

表 1 生殖過程への介入行為



ることも多い。約二〇時間の内に最初の細胞分裂が行われその約一二時間毎に細胞分裂を繰り返して、四日目に桑実胚 (Morula) の段階に達し、その後、胚盤胞期を経て、受精後約六日で、胚盤胞は子宮の粘膜に付着し、続いて着床が行われる。

胚子 (英 embryo 独 Embryo) 上述のように受精後、核融合が生じた時点から既に胚子と呼ぶことができるが、その後どの段階まで胚子と呼ぶかは、必ずしも統一的不是だが、受精後 (P. C. = post conception) 約八週の後の器官発生の終了までをさすのが一般的であるとされる。

胎児 (独 Leibesfrucht) 胚子は、ドイツでは通常、着床後から胎児と呼ばれる。ドイツでは、刑法二一九条dで、受精卵の着床後に初めて妊娠中絶の対象となると規定されている。ドイツにおいては Fetus という用語は、受精後約九週後の段階 (胚発生期の終了後) から生出までの段階に用いられる。日本では、堕胎罪の対象としての胎児の意義について着床後とする見解が最近では有力化してきている。⁽¹³⁾ また判例は、妊娠初期の状態でも堕胎罪の成立を認めている。⁽¹⁴⁾

(二) 遺伝的変更を伴わない生殖過程への介入

遺伝的変更を伴わない生殖過程への介入として既に法的議論の対象となっているのは人工受精・体外受精・代理母問題であるが、これらにも表2で示すような複雑な組み合わせが考えられる。以下で重要な介入形態を解説する。

(1) 受精過程への介入

(広義の) 人工受精 (独 künstliche Befruchtung)

(a) 体内人工受精 (英 insemination 独 Insemination) 採取した精子を子宮内に注入する方法

(aa) AIH (英 artificial insemination by husband 独 homologe Insemination) 配偶者間⁽¹⁵⁾ (体内) 人工受精

(bb) AID (英 AID = artificial insemination by donor 独 heterologe Insemination) 非配偶者間 (体内) 人工受精

(b) 体外受精 (英 IVF = in vitro fertilisation 独 In vitro Fertilisation) 試験管内で受精させ それを胚移植 (ET = embryo transfer) の方法で母体内に移植する方法。これも次の二形態がある。

(aa) 配偶者間体外受精

(bb) 非配偶者間体外受精

表2 子供を望む夫婦の希望を実現する様々な方法（人工生殖の諸類型）

配偶子の由来 (Herkunft der Gameten)		懐胎者 (Austragung der Schwangerschaft)	方法 (Methode)
精子 (Spermien)	卵子 (Eizellen)		
1 V	M	M	通常 (normal)*
2 Sp	Sp	Spm	計画的養子 Adoption)
3 V	M	M	AID 1*
4 Sp	M	M	AID 2
5 V	Sp	Spm	GT, GIFT*
6 V	M	M	GT, GIFT heterolog 1*
7 Sp	M	M	GT, GIFT heterolog 2
8 V	Sp	M	GT, GIFT heterolog 3
9 Sp	Sp	M	GT, GIFT heterolog 4
10 Sp	Sp	EM	GT, GIFT heterolog 5
11 V	M	EM	GT, GIFT heterolog 6
12 Sp	M	EM	GT, GIFT heterolog 7
13 V	Sp	Spm	GT, GIFT heterolog 8
14 V	Sp	M	IVF + ET*
15 V	M	M	IVF + ET heterolog 1*
16 Sp	M	M	IVF + ET heterolog 2
17 V	Sp	M	IVF + ET heterolog 3
18 Sp	Sp	EM	IVF + ET heterolog 4
19 Sp	Sp	Spm	IVF + ET heterolog 5
20 Sp	Sp		

出典：Keller/Günther/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, 1992, S. 40.

V=夫 (Ehemann)
M=妻 (Ehefrau)
Sp=提供者 (Spender)
EM=代理懐胎者 (Ersatzmutter)
Spm=提供者が懐胎者となる場合 (Spendermutter)
GT=配偶子注入 (Gametentransfer)
GIFT=配偶子子宮管内注入 (Gamete-Intra-Fallopian-Tube-Transfer)
*=よく使用される方法

(2) 凍結保存 (英 cryopreservation 独 Kryokonservierung) 胚移植の成功率を高めるため等の理由で胚子の凍結保存が行われている。精子・卵子の凍結保存も実施されている。保存中の配偶者の死亡等の場合に問題が生じる。

(3) 妊娠過程への介入

(a) 代理懐胎 (広義の代理母) (英 surrogacy 独 Ersatzmutterschaft) 子を出生後に第三者に譲り渡す目的で妊娠する女性を広い意味での「代理母」という。しかし日本では「代理母」を以下のような限定的意味で用いることが定着してきたので、⁽¹⁶⁾ 総称としては「代理懐胎」と呼ぶ方がよいかもしれない。

(aa) (狭義の) 代理母 上述の広義の代理母に対して 代理懐胎者が体内人工受精で自己の卵子と他人の配偶者の精子を受精させる方法を「代理母」と呼ぶ用法が 最近日本で定着しつつある。広い意味での代理母と区別する意味で狭義の代理母と呼ぶべきであらう。

(bb) 借り腹 これに対して代理懐胎者が 自分以外の他人の卵子と精子を用いて受精された胚子を懐胎する場合「借り腹」という用語が用いられている。この場合はいわゆる「母性の分裂」、即ち卵子の母 (遺伝上の母) と懐胎した母との分裂が生じ 法的問題もより深刻になる類型である。

(b) 動物による懐胎・人工子宮による懐胎 上述の類型は代理懐胎者が人間である場合であるが、人間以外の動物や、惑は人工子宮によって妊娠の全過程を代理させることも考えられる。イギリスの一九九〇年法では人間の胚子を動物に懐胎させることが禁じられている (三条三項 b)。

(三) 遺伝操作を伴う生殖過程への介入

生殖細胞の遺伝子操作 動物実験においては生殖系細胞に遺伝子を移植する操作方法がすでに行われており、人間においても可能であるとされる。

クローニング (英 cloning 独 Klonieren) クローンとは「遺伝的に同一の細胞・器官」(例えば一卵性双生児は互いにクローンである)をいうが、クローニングとは、それを人工的に創出することという。現在の技術では、人間の成人の体細胞からクローニングを行うことは不可能であるが、桑実胚段階以前の全形成能を持つ胚子を分割することによって複数のクローン個体を創りだ

することは現時点においても可能である。遺伝子自体の操作ではないが、人工的に同一の遺伝子を持つ個体を発生させるという意味では広い意味の遺伝子操作ということができるであらう。

キメラ形成(独 Chimären) キメラとは、ギリシャ神話のライオンの頭とヤギの胴体とヘビの尾を持つ動物の名に由来し、「二つの遺伝的に異なった胚子に由来する個体」をいう。この用語は、必ずしも統一的に用いられていない点に注意すべきである。

ハイブリッド形成(独 Hybrid) この用語は「特に不統一に用いられている」とされているが、ドイツの胚子保護法は、これを「人の卵細胞と動物の精子とによる受精により、又は動物の卵細胞と人の精子による受精により分化能力のある胚子を作り出すこと」と定義している(第七条一項三号)。

(四) 胚子・胎児の殺害

受精卵の毀滅 体外受精においては胚子移植前の胚子が破壊・毀滅される危険性がある。この場合に例えば石原教授は器物損壊罪の適用を肯定されるが、最近では批判的な見解が有力になってきており、立法上の解決が要請されている。

胚子使用実験 胚子を使用した実験・研究の必要性が主張されているが、これに対する諸外国の対応は様々である。ドイツは、それを全面的に禁止するのに対し、イギリスでは受精後一四日以内のものについてはそれを認めている⁽¹⁸⁾。日本においても一定の場合にそれを許容する見解があるが、その当否・限界についてはさらなる検討が必要であらう。

人工妊娠中絶 日本法において人工妊娠中絶は優生保護法によって「この法律で人工妊娠中絶とは、胎児が、母体外において、生命を保持することのできない時期に、人工的に 胎児及びその附属物を母体外に排出することをいう」と定義されている。行為自体は後述の堕胎と重なるものであるが、時期的限界に差異がある。問題は中絶が合法化される根拠と限界にあるが、これについては後述する。

堕胎(英 abortion 独 Abtreibung) 日本の刑法学において堕胎とは(1) (母体内で) 胎児を殺害し、または(2) 「自然の分娩期に先立って人為的に胎児を母体から分離・排出する行為」⁽²¹⁾をいうとされている。これに対して(3) 自然の分娩開始後に、胎児に攻撃を加え殺害する行為などが問題となるが、それをも堕胎に加える見解が有力となっている⁽²²⁾。この問題は「出生」の概念とも関連している。なお最近では、複数胎児の内、一部のみを堕胎する減数堕胎(中絶)⁽²³⁾も行われているので、それに対する法的

考察も必要であらう。

(五) 死亡胚子・胎児の利用

(1) 製薬・化粧品、実験への利用 中絶後死亡した胎児(死胎)を化粧品製造の原料として使用した事件が オーストリー・ドイツ等で報告され 問題となった。ドイツでは このような行為を処罰するために刑法一六八条の客体に「胎児」の死体を追加した。⁽²⁴⁾化粧品以外にも、製薬、実験等への利用も問題となる。

(2) 胎児組織の移植 最近、パーキンソン病等の治療のために胎児組織の一部を患者の脳に移植する方法が試みられているが、これに対する法的な規制が問題となっており、スウェーデンやアメリカでは法案が検討されている。⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾

(六) 基本的規制モデル

一九九三年五月二三日に日本刑法学会のワークショップ「生と刑法」を主催された内田博文教授は、生殖医学規制の基本モデルを(1)「厳格な実体法的刑事規制を前面に打ち出した」ドイツモデル、(2)「自己決定などによる問題解決に多くを委ね、統一的な法規制は目下のところ存在しない」アメリカモデル、(3)「認可機関を中心とした手続的規制が図られ」、「許可違反のうち一定のものには刑罰が科されているが、行政犯的色彩が強く」、「統一的だが柔軟な法的対応だと評されている」イギリスモデルに分類され、日本は町野教授の指摘する「医師特権の広範性と医療における刑罰謙抑主義、出生後の生命の絶対的保護と出生前の生命の無保護、家族・近親者の意思の重視、社会的コンセンサスの重視」という動向が看過しえず、「賢明な対応」かは別にしても、それらを前提とすれば、各医学会「規準」等に大きな役割が期待される結果、表面的にはアメリカモデルに近似することになるか⁽²⁸⁾とされる。これに対して最近フランスの「生命倫理の法制化」を研究された三菱化成生命科学研究所の勝島研究員は、アメリカのモデルを「専門職の内規(ガイドライン)と対等の当事者の間での裁判の判例を核にするアメリカ社会の生命技術への対応のしかたを〈Private Policy Model〉とよぶとすれば、公共の秩序を国家による制定法が担うフランスのやり方は〈Public Policy Model〉とよぶことができるだろう」とされ、これらに対して日本では学会統制がなく、また判例主導型の規範構造もないためにガイドラインが機能せず、〈Private Policy Model〉ともいえず、また省益がなく、霞ヶ関のイニシアティブもなく、権益調整の政治の枠にも入らず、省益を越えた政策立案部局がないために、立法化も進まず、〈Public Policy Model〉ともいえず

ないものであるとし、公的調査報告体制ではなく、「学識経験者」による「審議会」形式の対応が取られているが、これにも、知識動員の現代化の遅れがみられ、原則論議も政策の絞り込みもないと批判されている。

いずれにせよこれらの基本モデルのうちどれを採用するかが問題となるであろう。

(七) 基本文献

(1) 資料集

これまでこの領域に関する各国の法的規制・ガイドラインなどを集大成したものととして、マックスプランク研究所で出された資料集「Eser/Koch/Wiesenbart (Hg.), Regelungen der Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik 1,2」に集められている資料を中心に順次紹介し、同時に重要と思われる関連文献も紹介していきたいと思う。但し、この資料集は一九九〇年のものなので、それ以降のものは補充していく必要があるだろう。

(2) 論文

この領域に関する論文も非常に膨大なものである。Keller/Günther/Kaiser があげている法政策関連の論文だけでも、五〇〇近くに及ぶ。⁽²⁹⁾この中から重要な論文を選択することは至難の技であるが、取り敢えず佐久間助教が紹介されている一九九一年の刑法学者大会での Gaier 論文を紹介することに⁽³⁰⁾する。この論文では胚子保護のみならず妊娠中絶の問題点も述べられ、ドイツにおける議論の概観を得るのに適したものである。その他の論文については本研究会の他の会員と相談の上、選択していきたい。

三 人工妊娠中絶の論点

次に既にいくつかの論文を紹介した妊娠中絶についてこれから紹介の対象としていく重要な論点を抽出しておく。

(一) 胎児の法的地位

最近の議論のなかで注目すべき論点は、胎児の法的地位に関するものである。この論点は、人、人格、(生きる)権利とは何かという哲学的問題を含むものであり、法律学者のみならず、欧米では哲学者によっても活発な議論がなされている。ここで注目さ

れることは、ドイツの議論においても英米の哲学者の議論が論争の対象とされている場合が増えてきていることである。さらにそこでは深刻な価値観の対立があることも見逃せない。一方では人格の観点から胎児さらには(出生直後の)嬰兒の生命権までも否定するラディカルな Singer, Tooley⁽³²⁾らの見解と人間の尊厳は胎児にも妥当し、胎児の生命権を絶対化する Trondle⁽³⁴⁾らの見解は、一見妥協の余地が全く見出せないほど対立している。このような根源的な哲学上の問題にまで言及する日本の論文として、井上教授の「人間・生命・倫理」⁽³⁵⁾と松生助教授の「妊娠中絶の違法性」⁽³⁶⁾がある。前者が、線引き問題の困難性を指摘し、胎児の生命権の承認の立場をとるのに対して、後者は「自己または他者との広い意味での象徴的なコミュニケーション能力」を人としての特性とし、胎児に「人」としての特性を見出そうとする見解はいずれも根拠が不十分であるとする。この問題は、次の基本モデルおよび違法阻却問題と非常に密接な関連を持つだけに、「避け通れないテーマ」であろう。

また最近ドイツにおいては、胎児の生命権への侵害という作為的観点ではなく、女性の側の妊娠の引き受けの拒否、あるいは妊娠継続義務の懈怠という不作為的観点からの考察ということも主張されている。そのひとつの例が、本誌で既に紹介された Kohler⁽³⁷⁾の論文であるが、これに対しては最近松生助教授によって批判が提起された⁽³⁸⁾。これに対して前掲の Geilan 論文もこのことに論及している。この観点と胎児の生命権との関連も検討すべき問題であろう。

(二) 基本モデル

妊娠中絶規制の基本モデルとしては、期限モデルと適応モデルが対立している。ドイツの議論においてもこの両者の対立が基本となっているが、両者の対立を止揚しようとするいわゆる「第三の道」が主張されていることが注目される。以下それらについて概観する。

(1) 期限モデル これは女性の自己決定権の観点から、妊娠初期の一定期間の妊娠中絶を理由の如何を問わずに合法化するのである。ドイツでは嘗てこのモデルが導入されたが連邦憲法裁判所で違憲とされ、今回も助言強制を伴う期限モデルを導入することによって、違憲判断を回避しようとしたが、再び違憲とされた。日本においても石井助教授は、女性のプライバシー権の観点からこのモデルの導入を主張されるが、中山教授はそれと胎児の生命の保護の関係を問題にされている⁽⁴⁰⁾。

(2) 適応モデル これに対して一定の適応事由が認められる場合に限り、妊娠中絶が合法化されるとするのが適応モデルであ

る。中山教授は「期限モデルは妊婦の自己決定権の包括的な優位を前提とするのに対して、適応モデルは胎児の生命との個別的な衡量と、その根拠の実質的な検討を要請することになる⁽⁴¹⁾」とされる。しかしここで注意しなければならないのは、現実の適応モデルは、適応事由の拡大によって実際上は期限モデルに接近するという傾向が著られることである。このことは日本の優生保護法⁽⁴²⁾一四条にもあてはまる。

(3) 第三の道 ドイツにおいては上述のような統一法の議論中で、期限モデルでも適応モデルでもない第三の道も模索された。これにはドイツ連邦議会議長の Rita Süsmuth 草案⁽⁴³⁾や Eser/Koch の「緊急状態志向的ディスクラスモデル」⁽⁴⁴⁾などがあるがこれらの概要についても紹介したい。

(三) 適応事由の性格——違法阻却か責任阻却か

(1) 違法阻却説

日本においては優生保護法上の適応事由は違法阻却事由と解するのが通説である⁽⁴⁵⁾。しかしドイツにおいては上述の妊娠中絶に関する議論の中で責任阻却説が次第に有力になりつつある。また最近、中山教授も適応事由がすべて法益の比較衡量をその原理とする違法阻却のみで、説明することは困難であり、「結論的には、違法阻却による正当化は必ずしも自明ではなく、責任阻却による場合をも含まざるをえないのではないかと思われる⁽⁴⁶⁾」とされる。即ち「明白な違法阻却は、母体への生命の危険を回避するための堕胎のみであって、それ以外の場合には胎児の生命との間の法益衡量は微妙であり、個別的な検討が必要である。優生学的事由にも、胎児条項と同様の問題が含まれており、強姦の故の堕胎でも胎児に責任がない以上、その殺害が直ちに正当化されるとは言いが切れないように思える」とされ、責任阻却説に近い立場を表明されている。これに対して前述の松生助教授は、胎児が「人」であることを否定する立場から、違法阻却を根拠づけられるが、中山教授は「胎児が「人」でないという理由だけで、胎児の生命の毀滅が許容されるという実体的な理由がなお明らかでないように思われる⁽⁴⁷⁾」とされる。このようにこれまで日本ではほとんど疑われることのなかった違法阻却テーゼには再検討を要する問題点があることが次第に明らかになってきたのである。

(2) 責任阻却説

これに対してドイツの判例・学説において最近有力化してきたのが、責任阻却説である。これはドイツでは妊娠中絶に關する保

守的なアプローチをとる論者によって主張されている。特に違法性を残すことによって、適応事由があっても胎児の緊急救助が可能であり、原則的に堕胎関与拒否権が認められ、中絶契約は民法上無効であり、保険による費用負担も認められないとされる。⁽⁴⁸⁾また今回の憲法裁判所判決においても中絶が「違法でない」とされた部分が違憲とされたのである。これらの見解に対する違法阻却説からの反論が注目されるのである。

(3) その他の見解

さらに、ドイツでは、適応事由のある妊娠中絶を違法でも適法でもない「法的に空虚な領域」(法的に自由な領域)に位置づける見解が主張されており、日本でも金沢教授がこれに賛成されている。⁽⁴⁹⁾その他、日本でも可罰的違法性論との関連で注目されている Gunther 説では、適応事由ある妊娠中絶は、「刑法的不法阻却事由」であるとされている。⁽⁵⁰⁾これらの見解も、違法阻却説への批判を基礎にしたものが多いが、その意義と限界を検討する必要がある。

(四) 相談・助言機関

助言機関については、これまでもドイツの対案の構想との関連で論じられた中山教授の研究や、日本での具体的立法提案を行われた石井助教授の論文のなかで論じられていたにもかかわらず、学会での関心は薄かったといわざるをえない。われわれは、既にドイツの統一前の状況の実態を分析する論文を紹介したが、⁽⁵²⁾ドイツに留学された佐久間助教授も「実務面においても、当該相談所が、保守又は革新のいずれの政府の考えで運営されているかにより対応が異なるとの点で、不平等が生じていると聞いた」⁽⁵⁴⁾とされている。これは相談所の性格・目的を、胎児の生命の保護に重点をおくか、女性の自己決定権の援助と捉えるかということも関連している。この点で、今回ドイツ統一法で規定された助言に関する条文は(上田・浅田紹介では省略されているにもかかわらず)重要である。これらの点についてもこの紹介のなかで扱っていききたい。

(五) 人工妊娠中絶の時期的限界

日本の優生保護法では、「この法律で人工妊娠中絶とは、胎児が、母体外において、生命を保護することのできない時期に、人工的に、胎児及びその附属物を母体外に排出することをいう」とされているが、この時期については厚生事務次官通達によって従来、満二三週以前だったのが、一九九〇年三月二〇日の新しい通達によって、「通常妊娠満二二週未満」に短縮された。また既に

石井助教授によっても紹介されているように、イギリスにおいても前述の一九九〇年受精・胚生学法によって一部の人工妊娠中絶は、実施できる期間が妊娠二四週までに限られることになった。このように人工妊娠の限界時期という問題が現在俄に注目されてきているので、それに関する比較法的な研究も必要であろうと思われる。

(六) 基本文献

(1) 資料集

各国の立法等の基本的な資料集としては、やはりマックスプランク研究所による Eser/Koch (Hg.), *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Teil: Europa, 1988; Teil 2: Außer Europa, 1989* が最も包括的且つ正確である。但し、一九八八年(第一部)および一九八九年(第二部)のもので、その後の資料については補充が必要であろう。特にドイツにおいては様々な草案がだされたので重要なものは紹介する必要があるであろう。

(2) 論文

上述のように妊娠中絶をめぐる論文はドイツだけでも数えきれない程出されているが、その中から(一)乃至(五)であげた基本問題と関連したものを適宜選択していく予定である。特に胎児の法的地位に関するもの、基本的規制モデルと関連したものを中心に紹介していきたい。

- (1) 本誌二巻一、二号(一九八九年)、四号(一九九〇年)掲載。
- (2) BGHSt. 38, 158. Vgl. BayObLG, JZ 1991, 1003.
- (3) 佐久間修「ドイツにおける法の統一について——妊娠中絶規定の適用および改正問題——」産大法學二六巻二号(一九九二年)。
- (4) 判決文は、JZの号外に全文掲載されている。
- (5) 同志社法学四四巻三号。
- (6) 堀内捷三「揺れ動くドイツの墮胎罪」法学セミナー四六四号(一九九三年)。
- (7) 判例時報一四四一号八頁以下。
- (8) その他の論文として、田中圭二、「胎児の生命の尊重」の面からみた優生保護法の「改正案」小木古稀上巻(一九九二年)三五四頁以下、川口浩一「墮胎罪と人工妊娠中絶に関する改正提案」中古希(一九九二年)四四三頁以下、上田健二「不処罰の妊娠中絶はなぜ『禁じられて

いない』のか」同志社法学二二八号三〇頁以下等がある。

(9) その条文の翻訳、成立過程については川口・葛原、本誌四卷二七頁以下参照。

(10) その内容については、甲斐克則「生殖医療の規制に関するイギリスの新法について」広島法学一五卷三号（一九九二年）一三一頁以下を参照。

(11) 葛原・犯罪と刑罰九号一七頁注（一）参照。

(12) 以下の解説は主に Keller Günther Kaiser, Embryonenschutzgesetz, 1992, S. 6ff., S. 289ff. およびギンター／ケラー編著（中・山中監訳）生殖医学と人類遺伝学三頁以下を参照した。

(13) 町野（小暮他編）・刑法講義各論五〇頁、大谷・刑法講義各論六二頁など。

(14) なお町野教授は、これらの判例を引用する前に、「妊娠三ヶ月までの「胎芽」期には自然流産の可能性も高く、小脳・脳幹が形成され人間としての身体的特徴を示すようになるのはその後の「胎児」期に入ってからである。この点を考慮して、胚芽は胎児ではなく墮胎罪の客体とはならないとすることも考えられるが……」とされている（町野（前掲注13）五九頁）。

(15) なおこの場合にの配偶者には正式に婚姻関係にあるものだけでなく、安定した共同生活を営むパートナーも含まれる場合もある。

(16) 例えば石川・比較法研究五三号九九頁参照。

(17) 石原・明「体外受精の法的視点と課題」ジュリスト八〇七号三二頁。

(18) 葛原・犯罪と刑罰九号一二頁参照。

(19) 甲斐（前掲注10）一三三頁参照。

(20) 石原（前掲注17）三三頁。

(21) 中森・刑法各論三一頁。

(22) 大谷（前掲注13）六三頁。

(23) この問題に関するドイツの論文として、Eser, Neuartige Bedrohungen ungeborenen Lebens, 1990 がある。

(24) ドイツ刑法一六八条は、「権限なく、権限者の所持から、死体、死体の那部若しくは死者の灰を奪取した者」を処罰していたが、「死体、死亡した胎児、死体の一部若しくは死者の灰」と改正された。

(25) スウェーデンについては本誌四卷四号を参照。

(26) National Institutes of Health Revitalisation Amendments of 1991: Research on Fetal Tissue Transplantation (H. R. 2507).

(27) 内田博文「生と刑法」日本刑法学会第七一回大会レジュメ（一九九三年）七五頁。

- (28) 内田 (前掲注27) 七六頁。
- (29) Keller/Günther/Kaiser, S. 98ff.
- (30) 佐久間・刑法雑誌三三卷四号一一〇頁以下。
- (31) Geilen, Zum Strafschutz an der Anfangsgrenze des Lebens, ZStW 103 (1991), 829.
- (32) シンガー (山内・塚崎訳)・実践の倫理一四二頁以下。
- (33) トゥーリー (森岡訳)「嬰兒は人格を持つか」加藤・飯田編・バイオエシックスの基礎九四頁以下。
- (34) Tröndle, Der Schutz des ungeborenen Lebens in unserer Zeit, ZRP 1989, 54.
- (35) 長尾・米本編・メタ・バイオエシックス四一頁以下。
- (36) 犯罪と刑罰九号二三頁以下。
- (37) 紹介・本誌二卷四号。
- (38) 松生 (前掲注36) 三一頁以下。
- (39) 石井・社会科学研究三六卷五号。
- (40) 中山 (前掲注7) 一二頁注(16)。
- (41) 中山 (前掲注7) 一四頁。
- (42) (医師の認定による人工妊娠中絶)

第十四条 都道府県の区域を単位として設立された社団法人たる医師会の指定する医師 (以下指定医師という。) は、左の各号の一に該当する者に対して、本人及び配偶者の同意を得て、人工妊娠中絶を行うことができる。

一 本人又は配偶者が精神病、精神薄弱、精神病質、遺伝性身体疾患又は遺伝性奇型を有しているもの
 二 本人又は配偶者の四親等以内の血族関係にある者が遺伝性精神病、遺伝性精神薄弱、遺伝性精神病質、遺伝性身体疾患又は遺伝性奇型を有しているもの

三 本人又は配偶者が難疾患に罹っているもの

四 妊娠の継続又は分娩が身体的又は経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれのあるもの
 五 暴行若しくは脅迫によつて又は抵抗若しくは拒絶することができない間に姦淫されて妊娠したもの

2 前項の同意は、配偶者が知れないとき若しくはその意思を表示することができないとき又は妊娠後に配偶者がなくなつたときには本人の同意だけで足りる。

3 人工妊娠中絶の手術を受ける本人が精神病者又は精神薄弱者であるときは、精神保健法第二十条（後見人、配偶者、親権を行う者又は扶養義務者が保護義務者となる場合）又は同法第二十一条（市町村長が保護義務者となる場合）に規定する保護義務者の同意をもつて本人の同意とみなすことがある。

- (43) Süßmuth, Diskussionsentwurf eines Gesetzes zum Schutz des——Lebens——Lebensschutzgesetz-auf der Grundlage des Vorschlages eines "Dritten Weges" zur Verbesserung des Schutzes des ungeborenen Lebes im geeinten Deutschland, 7. 3. 1991.
- (44) Esser/Koch, Schwangerschaftsabbruch: Auf dem Weg zu einer Neuregelung, 1992.
- (45) 大谷・刑法講義各論（第三版）六一頁、中森・刑法各論三二頁、前田・刑法各論講義七四頁等。
- (46) 中山（前掲注7）一三頁。
- (47) 中山（前掲注7）一五頁注（2）。
- (48) Belling, S. 143ff.
- (49) 金沢文雄・刑法とモラル九七頁など。
- (50) Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluss, 1983, S. 314.
- (51) 中義勝「墮胎の規制をめぐる二つの構想」関法二五卷四・五・六号七一頁以下。
- (52) 石井（前掲注39）参照論文。
- (53) 本誌二卷一号、二号。
- (54) 佐久間（前掲注3）八四頁注（2）。
- (55) 石井「人工妊娠中絶できる時期の短縮とHFEA一九九〇」医事法学七号（一九九二年）二〇八頁以下。